

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A
INVERSIONES
WASHINGTON, D.C.**

EN EL PROCEDIMIENTO ENTRE

Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A.
(DEMANDANTES)

y

La República Argentina
(DEMANDADA)

(Caso CIADI N.º ARB/09/1)

OPINIÓN DISIDENTE DEL DR. KAMAL HOSSAIN

Miembros del Tribunal
Juez Thomas Buergenthal, Presidente
Sr. Henri C. Alvarez Q.C., Árbitro
Dr. Kamal Hossain, Árbitro

Secretaria del Tribunal
Sra. Mercedes Cordido-Freytes de Kurowski

Fecha: 8 de abril de 2016

Opinión Disidente

OPINIÓN DISIDENTE

1. Si bien respeto a mis distinguidos colegas y concuerdo con la decisión en tanto a que en el párrafo 239(a) de la parte operativa, ordena que “la Demandada se abstenga de publicitar las Denuncias y la investigación penal y cualquier relación que estas puedan tener con este arbitraje, sea a través de comunicados a la prensa o de otra manera”, me siento obligado a emitir mi opinión en disidencia por los motivos enunciados a continuación.
2. No coincido en que, a esta altura, tengamos que postergar una “decisión respecto de la Solicitud de las Demandantes de Medidas Provisionales en lo que se refiere a la suspensión de los procesos penales en relación con los abogados de las Demandantes y los administradores concursales de las Demandantes designados por el juzgado, con libertad para que las Demandantes presenten nuevamente ante el Tribunal esta Solicitud en este sentido si fuera necesario”. Tampoco considero que necesitemos una vez más “[recordar] a las Partes que se encuentran obligadas a abstenerse de agravar la controversia”, cuando ya lo hicimos en otras ocasiones.
3. Sin embargo, mi desacuerdo principal con mis colegas gira en torno a la exposición de posturas fácticas contenciosas, que no son necesarias para la decisión a la que se arriba. No creo que sea apropiado exponer estas cuestiones contenciosas en la decisión sobre medidas provisionales, ya que dan una impresión errónea de que tales cuestiones podrían considerarse resueltas. En mi opinión, eso sería inaceptable, ya que implicaría determinar cuestiones que deben determinarse en ocasión del laudo definitivo.
4. Mis objeciones se relacionan con ciertas cuestiones preliminares aunque fundamentales, no resueltas, que deben abordarse en el laudo sobre el fondo en función de las pruebas que obran en el expediente, a saber:
 - ¿Quiénes son las Demandantes?
 - ¿Cómo y cuándo las Demandantes invirtieron en la República Argentina?
 - ¿Cuál fue la “inversión” que realizaron las Demandantes?
 - ¿King and Spalding tiene un poder válido?
5. Los párrafos 6, 7, 8, 9, 13, 15, 16, 18, 19, 20, 22, 23, 25, 26, 27 y 29 de la decisión sobre medidas provisionales se refieren a las “Demandantes”, aunque la cuestión acerca de la identidad de las Demandantes aún no está resuelta y se determinará en ocasión del laudo definitivo sobre el fondo. Por lo tanto, dado que esta cuestión está pendiente de resolución, considero que no se debe dar una impresión contraria al aludir a las “Demandantes” (sin reserva alguna) en los párrafos mencionados.

Opinión Disidente

6. Me resulta imposible coincidir con el párrafo 164 que hace referencia a las “Demandantes”, sin aclarar la identidad de las Demandantes. El párrafo alude al “grupo corporativo Marsans al que pertenecen las Demandantes”, a “los principales accionistas de las Demandantes”, y a “la sociedad a través de la cual [las Demandantes] realizaron su inversión, Air Comet”. Estas aseveraciones presumen que la cuestión de la identidad está resuelta. Claramente, siguen pendiente de resolución y el Tribunal debe decidir si las tres supuestas “Demandantes”—Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A.—pueden considerarse Demandantes en función de todas las pruebas. Al parecer, “el grupo Marsans” estuvo, en efecto, impulsando los reclamos y presentándose como las Demandantes. Hay que reconocer que el grupo Marsans no es una sociedad comercial. Es un grupo formado por un número indeterminado de miembros y, por lo tanto, no puede considerarse “Demandantes”.

7. El Tribunal aún no ha resuelto la cuestión de la identidad de las “Demandantes”, sino que el Tribunal aún está considerando la cuestión. Por eso, no comparto la referencia a las “Demandantes”, sin reserva alguna, en la decisión sobre medidas provisionales. En particular, estimo que una opinión emitida en la etapa jurisdiccional no puede considerarse “una decisión definitiva”. El Tribunal en *Siemens AG c. Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción 3 de agosto de 2004) se pronunció sobre esta cuestión en los siguientes términos:

“A estas alturas del procedimiento, el Tribunal no está obligado a considerar si las reclamaciones en virtud del Tratado hechas por Siemens son correctas. **Esto es una cuestión que debe ser tratada con el fondo de la controversia.** El Tribunal sólo necesita estar convencido de que, si se prueba que las alegaciones de la Demandante son correctas, tiene jurisdicción para considerarlas”. [Énfasis agregado]

8. No comparto la observación del párrafo 172 de que “el Tribunal advierte que las declaraciones realizadas en las escrituras públicas son congruentes con las declaraciones anteriores de los administradores, admitidas como prueba”. No hemos realizado un análisis de las pruebas de los administradores. Por lo tanto, no podemos arribar a una conclusión sobre la cuestión que consiste en determinar si las escrituras públicas son congruentes o no con las pruebas de los administradores. El Anexo C-1200 (Declaración Jurada) en sí plantea preguntas sobre su eficacia. Por ejemplo, en la página dos de cada una de las declaraciones juradas, consta la siguiente declaración:

“No me acredita documentalmente esta representación, que asegura tener concedida, por lo que la eficacia de esta escritura queda pendiente de la ulterior ratificación de la persona representada. Advierto a los comparecientes de esta circunstancia e insisten en este otorgamiento”.

Opinión Disidente

El Tribunal aún no se expidió sobre el impacto de esta o ulterior ratificación. Seguirá siendo una cuestión controvertida pendiente que deberá resolverse en el laudo sobre el fondo.

9. Se hizo alusión a los párrafos 42 y 76 en relación con el tema de la autoridad de los abogados para representar a las Demandantes en este arbitraje. El efecto del Abogado Nominado (King & Spalding) que adquirió participación financiera directa en el objeto de este caso arbitral y en su eventual laudo es un tema que merece consideración. Cabe señalar que, en el Convenio de Financiamiento (en particular, las cláusulas 6.1 y 6.2), la intención es que el Financista, que no es un “inversor” conforme al TBI, sea un importante beneficiario, junto con los Abogados Nominados, de las resultas del laudo. Las resultas del laudo debe pagarse, de inmediato, a los Abogados Nominados o a un agente de depósito en garantía, y se destinará al pago de las sumas adeudadas al Financista y toda otra factura pendiente (incluso las de los Abogados Nominados). Sólo el remanente se entregará a las Demandantes. El párrafo 31 hace referencia al Contrato de Cesión de Crédito y al Acuerdo de Financiamiento entre las Demandantes y Burford, y a la cuestión de la personería (o falta de personería) de los abogados de las Demandantes, King & Spalding. El tema del Acuerdo de Financiamiento se analiza asimismo en los párrafos 135 y 150 de la decisión sobre medidas provisionales. Aún tenemos que resolver estas cuestiones que abordaremos en el laudo sobre el fondo. Considero que es inapropiado incluir estas cuestiones fácticas contenciosas en la decisión sobre medidas provisionales, ya que estas cuestiones se analizaran en el laudo sobre el fondo del Tribunal, en función de las pruebas presentadas y las implicancias jurídicas.
10. Lo que debe decidir el Tribunal en su laudo definitivo es la cuestión que consiste en determinar si King & Spalding tiene poderes válidos. Las Demandantes alegaron que los poderes son válidos y que los administradores concursales de las Demandantes simplemente se están poniendo en el lugar de las Demandantes a los fines de proseguir con este arbitraje. La Demandada alega, por el contrario, que los poderes de las Demandantes se extinguieron con la quiebra, que se necesitan poderes nuevos y que aún no se otorgaron poderes válidos nuevos a nadie, ni siquiera a King & Spalding. Esta es una cuestión contenciosa que debe resolverse en el laudo sobre el fondo.
11. Las Demandantes presentaron cartas escritas por los administradores concursales de cada una de las Demandantes, que pretenden “ratificar” los poderes. La Demandada alega que estas cartas son defectuosas. La Demandada aduce que las cartas no se dirigen, en forma directa al CIADI, sino a King & Spalding, los abogados que representan a las Demandantes. También alega que las cartas no están fechadas y no fueron certificadas por Notario. Por último, la Demandada señala que las cartas fueron firmadas, de forma unilateral, por los administradores y no son el resultado de una orden de un juzgado mercantil de Madrid. Según la Demandada, los administradores carecen de derecho a

Opinión Disidente

“ratificar” las acciones de King & Spalding y autorizar a la compañía a llevar a cabo sus actividades.

12. Es claro que esta cuestión es compleja. El Tribunal deberá decidir en el laudo sobre el fondo si las Demandantes cumplieron con el deber de demostrar que sus abogados tenían capacidad continua para representarlos una vez iniciado el procedimiento concursal. Una de las interrogantes que deberá considerar el Tribunal antes de emitir el laudo definitivo es si las cartas que no están fechadas ni ostentan certificación notarial, que no se presentaron al Tribunal del CIADI antes del mes de agosto de 2013, pueden aceptarse como prueba de que King & Spalding cumplió el requisito legal para representar a las Demandantes después de iniciado el procedimiento concursal.

13. En el párrafo 183, la decisión mayoritaria destaca lo siguiente:

“Además, la Demandada ha planteado la cuestión de la supuesta invalidez de los poderes de King & Spalding y su autoridad para representar a las Demandantes en este arbitraje. Esta cuestión ha estado ante el Tribunal durante algún tiempo y ha sido objeto de pruebas periciales y argumentos exhaustivos. La Demandada ha planteado también el mismo argumento o argumentos similares tanto ante este Tribunal como en las Denuncias en lo que se refiere a los supuestos motivos por los cuales las Demandantes y sus abogados pretenderían ratificar la validez de los poderes. **Nuevamente, esta es claramente una cuestión completamente dentro de la competencia del Tribunal para decidir en su laudo**”. [Énfasis agregado]

14. La declaración contenida en el párrafo 183 contradice la anterior declaración del párrafo 136 en donde se manifiesta lo siguiente:

“136. Por último, con respecto a la autorización de King & Spalding para representar a las Demandantes, las Demandantes señalaron que **este tema también se planteó ante el Tribunal y había abundantes pruebas sobre la vigencia de los poderes, incluidas las repetidas declaraciones de los administradores concursales de las Demandantes**”. [Énfasis agregado]

15. Dadas las posturas contradictorias sobre la cuestión de la validez de los poderes que se indican anteriormente, este tema debe de permanecer pendiente para ser decidido en el laudo definitivo.

16. Según el párrafo 181 de la decisión, “[e]sta [es decir, el hecho de que el reclamo de las Demandantes sea derivado e indirecto y quede fuera del ámbito del TBI] es una cuestión que ha sido explicada y analizada *in extenso* en este arbitraje”. A pesar de una primera

Opinión Disidente

opinión en la etapa jurisdiccional, creo que esta cuestión no puede considerarse como una opinión definitiva y queda pendiente de resolución en ocasión del laudo sobre el fondo.

17. El párrafo 184 hace referencia a una “breve revisión de determinados aspectos de las Denuncias” y concluye que “parecería que este procedimiento de arbitraje podría verse como la motivación, al menos en parte, para la presentación de las Denuncias”. No comparto esta conclusión especulativa acerca de “la motivación real” de los fiscales independientes en Argentina. No hay pruebas que sugieran que la presentación de las Denuncias son algo más de lo que pretenden ser: una investigación de posibles actividades penales. En mi opinión, ninguna de las pruebas producidas ante el Tribunal podría justificar comentarios adversos sobre las investigaciones penales independientes a cargo de un estado soberano.
18. En el párrafo 185, se explicó que “[e]n esta etapa, el Tribunal concluye que existe una relación directa entre las Denuncias y la investigación penal iniciada por el Fiscal Federal y este arbitraje ante el CIADI en tanto determinados derechos de las Demandantes en este arbitraje podrían justificar la protección”. No puedo estar de acuerdo con esta conclusión de la mayoría del Tribunal, ya que esta cuestión no fue tratada como una cuestión contenciosa, tal como resulta evidente de los dichos del Tribunal en el párrafo 193:

“[E]l proceso penal iniciado mediante las Denuncias y la investigación preliminar del Fiscal Federal no versan sobre la controversia en materia de inversión ante el Tribunal y, por lo tanto, no amenazan la exclusividad de este procedimiento ante el CIADI”.

19. A partir de los siguientes extractos de la decisión de la mayoría, con los que concuerdo, me queda claro que hubo consenso para denegar el otorgamiento de medidas provisionales con respecto a los siguientes asuntos:
 - “[E]l proceso penal incoado a través de las Denuncias y la investigación preliminar del Fiscal Federal no versan sobre la controversia en materia de inversión ante el Tribunal y, por lo tanto, no amenazan la exclusividad de este procedimiento ante el CIADI” (párrafo 193).
 - “[E]n ausencia de una indicación específica de cómo han sido acosadas o intimidadas las Demandantes o sus funcionarios y directores, no existe fundamento alguno para el otorgamiento de medidas provisionales en ese sentido” (párrafo 200).
 - El Tribunal “arriba a la misma conclusión con respecto a Burford” y estoy de acuerdo con ello (párrafo 201).

Opinión Disidente

- “[N]o queda claro si la investigación penal iniciada por el Fiscal Federal incluye alegaciones contra los abogados o los administradores concursales de las Demandantes designados por el juzgado” (párrafo 206).
- Las medidas provisionales no deben otorgarse y el Tribunal debe postergar su decisión “en lo que se refiere al pedido de que el Tribunal ordene la suspensión del proceso penal respecto de los abogados de las Demandantes y los administradores concursales designados por el juzgado” (párrafo 208).
- Hay consenso de que las Demandantes “con base en las pruebas presentadas hasta la fecha, [no demostraron] daño irreparable ni necesidad para el otorgamiento de las medidas provisionales solicitadas” (párrafo 228).
- “[N]o queda claro si los abogados o los administradores concursales de las Demandantes designados por el juzgado están incluidos dentro del alcance de la investigación. En esta etapa, con base en las pruebas y los argumentos ante sí, el Tribunal no puede determinar si existe una probabilidad suficiente de que los abogados y los administradores concursales judiciales estén incluidos dentro del alcance de la investigación penal que justifique el otorgamiento de las medidas provisionales que se pretenden en este sentido” (párrafo 230).
- “[A] los fines de las medidas provisionales, el criterio de urgencia se cumple cuando una cuestión no puede esperar al resultado del laudo sobre el fondo del asunto” (párrafo 233).
- “[L]levará algún tiempo hasta que se complete la investigación y se presente al tribunal Federal una recomendación o acusación, si las hubiere. Aunque no hubo pruebas específicas acerca de cuánto tiempo se puede esperar que lleve este proceso, la percepción del Tribunal es que es probable que lleve varios meses y, por lo tanto, las acusaciones formales no sean inminentes” (párrafo 234).

A la luz del consenso sobre la negativa de otorgamiento de las medidas provisionales relacionadas con los asuntos expuestos anteriormente, no es apropiado enunciar las cuestiones fácticas contenciosas en la decisión sobre medidas provisionales, las cuales deben ser apropiadamente resueltas en ocasión del laudo definitivo sobre el fondo.

20. De nuevo, lamento haber tenido que emitir esta opinión disidente.

Opinión Disidente

[firmado]

Dr. Kamal Hossain
Árbitro